

A. I. Nº - 279459.0018/17-9
AUTUADO - LOJAS INSINUANTE S.A.
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27/10/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0202-03/17

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Demonstrado nos autos que os benefícios previstos no Convênio ICMS nº 52/91 somente são aplicáveis, exclusivamente, a máquinas, aparelhos e equipamentos industriais, não alcançando as operações com máquinas de lavar roupas de uso doméstico. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/07/2017, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$1.853.959,13, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 - 03.02.06. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de utilização indevida de benefício da redução de base de cálculo, nos meses de julho a dezembro de 2015.

Consta em complemento que “Contribuinte deu saídas do produto lava roupa com redução da base cálculo de modo que a carga tributária ficar em 8,80%. Em anexo parecer nº 16935/2013 de 08/07/2013 onde se diz que art. 266 do RICMS e o Convênio ICMS nº 52/91 somente são alcançados para essa redução da base de cálculo as máquinas, aparelhos e equipamentos de uso industrial.”

O impugnante apresenta defesa, fls. 25 a 38, depois observar sua tempestividade articula os argumentos a seguir resumidos.

Inicialmente, observa que o Convênio ICMS 52/91 delimitou, através de NCM, quais seriam os produtos que seriam elegíveis para redução da base de cálculo, e em nenhum momento exigiu do contribuinte que comprovasse a destinação da venda.

Destaca que deu saídas de produtos “Máquinas de Lavar Roupas”, com redução da base de cálculo prevista no Convenio ICMS 52/91, recepcionado pelo RICMS/BA e reproduz trecho do Convenio ICMS 52/91:

“Concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas.

Cláusula primeira Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

II - nas operações internas, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).”

Assinala que, ao contrário do que afirma a fiscalização, não existe referência alguma no Convênio acerca da destinação das máquinas nele mencionadas. Registra que, qualquer alegação de que o Convênio limita o benefício fiscal ao uso da mercadoria é deturpar o incentivo concedido. Acrescenta frisando que, quando a Cláusula Primeira da normativa refere-se a operações que envolvam “máquinas, aparelhos e equipamentos industriais”, fica nítido que a característica “industrial” refere-se à máquina, e não à destinação da mesma. Arremata

ressaltando que em nenhum momento a normativa faz qualquer referência ao tipo de uso que será feito com a máquina adquirida, mas apenas e, tão-somente classificação da máquina.

Menciona não ser à toa, que o Convênio listou, de forma taxativa, quais são as máquinas elegíveis para obtenção do benefício fiscal, em seus Anexos I e II, ou seja, o convênio indicou quais máquinas são consideradas e classificadas como “industriais”.

Frisa não existir no Convênio ICMS 52/91 condição alguma quanto ao objeto social do adquirente das mercadorias listadas no Anexo I e II, de forma que a interpretação extensiva do Fisco Baiano ultrapassa os limites vinculativos impostos à Administração Pública.

Assevera que a atuação da Administração Pública somente é discricionária quando a lei assim permite, expressamente. Afirma que seria necessário que o Convênio ICMS 52/91 contivesse previsão expressa da possibilidade de interpretação extensiva, o que não o é o caso. Declara que não havendo necessidade de comprovação do uso a ser destinado pelo adquirente da mercadoria, não há que se falar em vinculação da máquina a uma determinada destinação.

Diz entender que, qualquer pessoa física, querendo, pode adquirir uma máquina de lavar roupa de uso industrial, e utilizá-la em sua residência. Assevera que, certamente a redução do benefício fiscal é aplicável, haja vista que o Convênio vincula a redução da base de cálculo ao produto, não ao objeto social ou destinação a ser dada pelo adquirente.

Destaca que os Tribunais de Justiça do Brasil, ao apreciarem a questão têm assim decidido, reproduzindo ementas de diversos julgados destas Cortes.

Assevera importa apenas determinar se o equipamento ou máquina comercializada enquadra-se no Convênio ICMS 52/91 e, para tanto, basta consultar quais são os NCMs constantes no próprio convênio.

Afirma que a destinação do equipamento não constitui condição expressa no Convênio e, portanto, não se presta como argumento para negar o benefício fiscal.

Neste sentido, transcreve o teor da Decisão Normativa CAT 03/2013 da SEFAZ/SP, para pontuar que o entendimento do Fisco Paulista contrasta com o entendimento do Fisco Baiano. Diz acreditar que o Fisco Paulista interpretou o Convênio ICMS 52/91 de forma correta, ao entender que o rol dos produtos é taxativo de acordo com a sua classificação NCM.

Relata que o legislador, ao inserir determinado produto no rol constante nos Anexos I e II, atribuiu àquele NCM características agrícolas ou industriais, de modo a permitir a redução da base de cálculo, e o seu enquadramento no Convênio.

Observa que ao proferir entendimento contrário ao que expressamente estatui o Convenio ICMS nº 52/91, o Fisco Baiano viola o art. 111, do CTN - Código Tributário Nacional:

Registra existir no Convenio ICMS em análise menção expressa referente ao tipo de maquinário incluído no Convênio (industrial ao agrícola) e, sendo assim, se o Convênio previu taxativamente determinado NCM, significa que o mesmo possui características industriais ou agrícolas. Prossegue asseverando que todos os NCMs acima mencionados foram comercializados com redução da base de cálculo, conforme expressamente previsto pelo Convenio 52/91, que atribuiu a estas mercadorias o benefício fiscal independentemente de sua destinação. Arremata assinalando que as vendas realizadas com base de cálculo reduzida são absolutamente válidas.

Revela que o Estado da Bahia altera a interpretação e o alcance do Convênio ICMS nº 52/91 ao atribuir a destinação e uso do equipamento, quando não existe esse comando expresso.

Ressalta que os NCMs foram incluídos pelo próprio Estado da Bahia que é signatário do referido Convênio e não podem agora interpretar de forma diversa seu entendimento.

Traz a colação ensinamentos do jurista pátrio Roque Antônio Carraza, de como deve ser a atuação da Administração Pública dentro da norma legal, abordando os temas do Direito Tributários: reserva absoluta, a tipicidade o princípio da legalidade.

Observa que o Princípio da tipicidade e o da legalidade estrita, ambos inerente à atuação da Auditora Fiscal deve ser obedecido, não podendo a Autoridade alterar a interpretação do Convênio ICMS nº 52/91.

Relata que no relatório acostado pela Fiscalização, comercializou com redução da base de cálculo a que se refere o Convenio 52/91 os seguintes NCMs, constantes no Anexo I, da norma: Item 39.1 Máquinas de capacidade não superior a 10kg, em peso de roupa seca, inteiramente automáticas 8450.11.00; Item 39.2 Máquinas de capacidade não superior a 10 kg, em peso de roupa seca, com secador centrífugo incorporado 8450.12.00; Item 39.3 Outras máquinas de capacidade não superior a 10kg, em peso de roupa seca 8450.19.00; Item 39.4 Máquinas de capacidade superior a 10 kg, em peso de roupa seca, túneis contínuos 8450.20.10 e Item 39.5 Outras máquinas de lavar de capacidade superior a 20 kg, em peso de roupa seca de uso não doméstico 8450.20.90.

Afirma que todos os NCMs acima mencionados foram comercializados com redução da base de cálculo, *conforme expressamente previsto pelo Convenio 52/91 (tipicidade)*, que atribuiu a estas mercadorias o benefício fiscal independentemente de sua destinação. Observa que, no entanto, com a edição do Convênio ICMS 154/15, foram retirados da lista os NCMs 8450.11.00; 8450.12.00 e 8450.19.00.

Observa que o Convênio ICMS 154/15 produziu efeitos a partir de 30/12/2015, sendo que todas as vendas da Impugnante nos NCMs 8450.11.00; 8450.12.00 e 8450.19.00 foram realizadas antes da vigência do Convênio ICMS 154/15.

Pondera que as vendas realizadas com base de cálculo reduzida são absolutamente válidas e dessa forma o Fisco tem o dever legal de respeitar a interpretação restrita do Convênio ICMS nº 52/91.

Protesta pela juntada posterior do instrumento de procuração.

Requer que as intimações referentes ao cumprimento de qualquer exigência do presente Auto de Infração sejam encaminhadas para Avenida Brigadeiro Luiz Antonio, nº 388 - 6º andar - Conjunto 63 - Bela Vista - São Paulo - SP - CEP 01318-000, em nome de João Alécio Pugina Junior, OAB/SP nº 175.844, sob pena de nulidade.

Conclui pugnando pela improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fl. 66, nos termos a seguir resumidos.

Observa que a autuação está fundamentada no Parecer DITRI-SEFAZ nº 16935/2013 de 08 de julho de 2013.

Destaca que nesse parecer é plenamente esclarecido que o benefício somente alcança as máquinas, aparelhos e equipamentos de uso industrial.

Informa que o Autuado é um estabelecimento do ramo comércio atacadista, portanto, fora do alcance do benefício fiscal previsto pelo Convênio ICMS Nº 52/91.

Registra que o referido convênio data de 30 de setembro de 1991 e o Autuado resolveu fazer uso da redução somente para o período de julho a dezembro de 2015.

Assinala que após o mês de dezembro de 2015 desistiu de fazer uso do benefício fiscal, demonstrando que estava errada em relação à interpretação da legislação.

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

Inicialmente refuto a preliminar de nulidade suscitada pelo Autuado de que ocorrera ofensa aos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade estrita. Ao compulsar os elementos que compõem os autos constato que os procedimentos adotados na acusação fiscal respeitaram plenamente os princípios da tipicidade e da legalidade, haja vista que alicerçado em expresse teor do Convênio nº 52/91, recepcionado pelo RICMS-BA/12 em seus artigos 267 e 268.

Consigno, também, que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram devidamente identificados os sujeitos ativo e passivo, indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, cujas cópias foram entregues ao Autuado.

No mérito, o Auto de Infração cuida do recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício de redução da base cálculo.

Nas razões de defesa o autuado sustentou que o procedimento fiscal não demonstrou a real motivação da autuação, uma vez que, na realidade, a fiscalização não aceitou a aplicação do benefício fiscal previsto no Convênio ICMS 52/91, que autoriza a redução da base de cálculo do ICMS na comercialização de máquinas e equipamentos listados no anexo do referido convênio.

Asseverou que a autuação não decorreu de mero erro na determinação na base de cálculo, e sim da interpretação da legislação, haja vista que a fiscalização entendeu restritivamente que os benefícios do referido convênio, somente se aplicam às operações com bens destinados ao uso industrial, com base no Parecer nº 16935/2013 da DITRI/SEFAZ que restringe a aplicação dos benefícios fiscais de acordo com a destinação ou finalidade das máquinas e equipamentos listados no convênio.

O autuante, ao prestar informação fiscal, manteve a autuação sob o fundamento de que a aplicação do benefício fiscal de redução de base cálculo prevista no Convênio ICMS nº 52/91 é restrita a equipamentos industriais, como explicitado no Parecer nº 16935/2013 da DITRI/SEFAZ.

Depois de compulsar os elementos que integram o presente Auto de Infração verifico que as operações elencadas no levantamento fiscal, fls. 06 a 15, se referem em sua totalidade à máquina de lavar roupa.

Com relação à alegação da defesa de que o Fisco Paulista produziu a Decisão Normativa CAT 03/2013 em sentido distinto ao adotado pela SEFZA/BA, saliento que inexistente qualquer dispositivo legal que vincule a interpretação e a aplicação da legislação tributária baiana à legislação de outro Estado da Federação.

Por outro lado, resta evidenciado que o teor do Convênio ICMS nº 52/91, clara e expressamente caracteriza que os produtos alcançados pelo benefício têm atributo específico e inequivocamente definido, ou seja, são industriais. Por óbvio, equipamento industrial não significa que foi produzido por indústria, e sim, destinado a atividade industrial. Esta exigência fica evidente ao qualificar incisivamente: “...nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais...”. É também cediço que o termo qualificativo industrial não se aplica a qualquer máquina, aparelho ou equipamento, eis que, industrial significa reforçado, de grande capacidade de produção e com aplicação específica em ambiente fabril, em total contraste com o qualificativo doméstico, ou mesmo a simples denominação genérica de máquina, aparelho ou equipamento sem qualquer qualificação.

Também não se deve olvidar que uma análise completa dos itens elencados no Anexo 1 do Convênio ICMS nº 52/91 revela claramente a destinação industrial, a exemplo dos itens: **7** - TURBINAS A VAPOR; **33** - MÁQUINAS PARA EXTRUDAR, ESTIRAR, TEXTURIZAR OU CORTAR MATÉRIAS TÊXTEIS SINTÉTICAS OU ARTIFICIAIS; **35** - TEARES PARA TECIDOS e **43** - CONVERSORES, CADINHOS OU COLHERES DE FUNDIÇÃO, LINGOTEIRAS E MÁQUINAS DE VAZAR (MOLDAR), PARA METALURGIA, ACIARIA OU FUNDIÇÃO. Do que se depreende ser a destinação do

benefício fiscal, indubitavelmente, direcionada ao estímulo da atividade industrial, setor propulsor da economia.

Nestes termos, por se tratar de benefício fiscal, impõe-se a interpretação do dispositivo legal em sua expressa literalidade, a teor do art. 111 do CTN. Portanto, não há que se falar em ampliação da extensão do benefício para qualquer tipo de máquina, aparelho ou equipamento, como postula o impugnante em suas razões de defesa. Entendo, que no presente caso, para fruição do benefício de redução da base cálculo previsto no Convênio nº ICMS 52/91, é imprescindível o alinhamento convergente entre os três aspectos: operações com equipamentos industriais, descrição das mercadorias e o correspondente código da NCM elencados no Anexo 1, do aludido convênio.

Assim, nesse diapasão, me alinho com o entendimento emitido sobre esta matéria pela DITRI/SEFAZ, no Parecer nº 16935/2013, fls. 16 a 18, que, desde a vigência do RICMS-BA anterior, já orientava que os benefícios previstos no inciso I, do art. 266, do RICMS-BA/97 e do Convênio ICMS nº 52/91, somente se aplicam à máquina, aparelho e equipamentos de uso industrial.

Ademais, com a edição do Convênio ICMS nº 154/15, com efeitos a partir de 30/12/2015, foram retirados da lista os NCMS 8450.11.00, 8450.12.00 e 8450.19.00, referentes às máquinas de lavar, objeto da autuação, fica patente, sem qualquer dúvida, de que a pretensão originária do legislador sempre foi destinar o benefício para as atividades industriais.

Logo, diante de tudo o quanto exposto, entendo que se afigura inequivocamente caracterizado o cometimento da irregularidade apurada pela fiscalização.

No que diz respeito ao pedido da defesa para que intimações referentes ao cumprimento de qualquer exigência do presente Auto de Infração sejam encaminhadas para Avenida Brigadeiro Luiz Antonio, nº 388 - 6º andar - Conjunto 63 - Bela Vista - São Paulo - SP - CEP 01318-000, em nome de João Alécio Pugina Junior, OAB/SP nº 175.844, sob pena de nulidade, observo que nada obsta que a secretária atenda solicitação. Entretanto, saliento que o eventual não atendimento não implica motivo de nulidade, eis que as formas e critérios para intimação do sujeito passivo são preconizados no art. 108, do RPAF-BA/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279459.0018/17-9**, lavrado contra **LOJAS INSINUANTE S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar pagamento do imposto no valor de **R\$1.853.959,13**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR